

A. I. Nº - 178891.3003/11-9
AUTUADO - N MACHADO DOS SANTOS
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 12. 03. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0016-01/12

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Consoante previsão do item 3 da IN 056/2007, por falta de apresentação pelo autuado dos dados indispensáveis ao cálculo da proporcionalidade, foi utilizado como base de cálculo o valor total da omissão de saída apurada. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência e rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2009, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$216.009,38, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito, relativo ao período apurado de janeiro dezembro de 2008 e de janeiro a dezembro de 2009.

Consta na descrição dos Fatos: “Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): as vendas de cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões excederam os valores comprovados pelo Contribuinte, através de Reduções Z e ECF e/ou Notas Fiscais de Saídas. Em sendo assim, ficou caracterizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias. O contribuinte encontra-se INAPTO no Cadastro da SEFAZ desde 29/06/2011 e não ofereceu a este Preposto Fiscal dados que propiciassem o cálculo da proporcionalidade, para atender ao que reza a Instrução Normativa nº 56, publicada no Diário Oficial de 21/09/2007.”

Em sua impugnação, fls. 30 a 35, alinhou como preliminar o fato de que os arquivos eletrônicos recebidos somente podem ser juridicamente aceitos nas hipóteses previstas na Medida Provisória nº 2002-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil. Depois de transcrever o art. 10 do referido dispositivo legal declara não admitir e não aceitar os documentos eletrônicos como válidos, considerando-os inadmissíveis como prova jurídica.

Diz que os documentos impressos apresentados com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito são meros relatórios emitidos pelo sistema interno da SEFAZ para

expressar as informações guardadas em seus bancos de dados e que para serem aceitos como documentos probantes dos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito, deveria ser observado o disposto no § 2º do art. 824-W do RICMS-BA.

Afirma que o fisco se valeu de relatórios internos emitidos a partir do banco de dados de seus sistemas para sustentar o levantamento realizado, e que por isso, as provas apresentadas pelo fisco contêm vícios insanáveis.

Elenca também como preliminar de nulidade erro na interpretação da legislação dada pelo autuante. Asseverando que a correta interpretação do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é que somente haverá presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto se, e somente se, os valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito forem superiores aos valores de vendas declaradas pelo contribuinte.

Enfatiza que o dispositivo é claro e não dá margem à outra interpretação. Sustenta que para se aplicar a presunção indicada deve ser comparada a declaração de vendas do contribuinte com as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Acrescenta que, para ser a presunção legítima, é preciso, que da comparação resulte valores de vendas declarados inferiores aos valores informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Destaca que os valores de suas vendas são os constantes das declarações prestadas por ele no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, através da DMA.

Diz que ao considerar apenas os valores indicados nas Reduções “Z” a título de vendas com recebimentos por meio de cartões de crédito ou de débito, o autuante cometeu erro que macula o levantamento apresentado, não sendo possível se determinar com segurança o montante do débito fiscal.

Destaca que há de se considerar ainda que o autuante não aplicou o procedimento previsto na Instrução Normativa nº 56/2007 sob alegação de que a autuada não forneceu dados que propiciassem o cálculo da proporcionalidade. Assevera que tal fato não é verdade, pois se assim fosse, não teria sido feito o levantamento dos recebimentos em cartão de crédito ou de débito nas Reduções “Z”. Prossegue esclarecendo que se foi feito o levantamento é porque teve acesso às Reduções “Z”, e se teve acesso nelas estavam indicados os valores de vendas tributadas, isentas, não tributadas e as sujeitas ao regime de substituição tributária.

Transcreve o item 1 para ressaltar que a IN 056/2007 não determina que a apuração da proporcionalidade seja realizada somente pelas operações ou prestações de entradas. Frisa que o mais sensato é que se faça pelas operações ou prestações de saídas, pois reflete a realidade das vendas e evita distorção significativa com a utilização de proporcionalidade pelas entradas, pois não se considera a margem de valor agregado das saídas que contemplam mercadorias substituídas e da margem de lucro nas demais saídas.

Por fim, reafirma discordar do procedimento adotado pelo autuante por entender que a metodologia que deveria ser aplicada era a de comparar a totalidade das vendas declaradas em suas DMA apresentadas ao fisco com as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito.

Conclui requerendo a nulidade do auto de infração por estar embasado em provas inválidas, consoante disposto no § 1º do art. 18 do RPAF-BA. E, caso a nulidade não seja decretada, requer o refazimento do levantamento para considerar os valores de vendas declaradas pela autuada em seus livros Registros de Saídas, assim como a aplicação da proporcionalidade das operações tributadas com base nas operações ou prestações de saídas, para efeito de apuração da base de cálculo.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 39, enuncia as seguintes ponderações.

Diz que o autuado, em sua defesa, alega que as informações das vendas em cartões de débito e/ou crédito, fornecidas à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia pelas instituições financeiras, administradoras destes cartões, não têm valor jurídico.

Afirma que as informações detalhadas dos valores utilizados no presente Auto de Infração foram disponibilizadas ao Contribuinte, no momento da assinatura do mesmo, em mídia digital, validados e certificados pelo autenticador da Receita Federal, conforme recibo apenso à fl. 21 deste PAF, assinado pelo Contribuinte.

Assegura que não cabe questionamento da validade destes dados, até porque já se caracteriza como objeto de jurisprudência a utilização dos mesmos como indicador de pressuposição de omissão de valores de saídas de mercadorias. Acrescenta que se houve o pagamento em cartão de débito e/ou crédito, evidentemente houve a respectiva venda de mercadorias.

Quanto à alegação de ocorrência de erro de interpretação da legislação, feita pelo Contribuinte, configura-se como descabida, dado que já é assunto pacífico a interpretação da legislação que permite e obriga os Auditores desta SEFAZ a cobrar tributos devidos, referentes a vendas em cartões de débito e/ou crédito não contabilizadas e não oferecidas à tributação do ICMS.

Por fim, destaca que o questionamento do autuado é descabido.

Conclui mantendo integralmente o teor e os valores do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, destaco que, por total falta de sustentação fática, não devem prosperar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, senão vejamos.

É descabida a pretensão do autuado de invalidar os arquivos magnéticos, por ele recebidos, sem qualquer justificativa plausível ou constatação de falta de fidedignidade do seu conteúdo em relação às suas operações de vendas com cartão de crédito ou de débito informadas pelas operadoras de cartão de crédito e financeiras. A falta de validade jurídica que invoca o autuado através da Medida Provisória nº 2002-2 de 24/08/2001 é inaplicável ao presente caso, vez que não se questiona a integridade dos arquivos magnéticos, pois se encontram devidamente autenticados. Caberia sim, ao autuado, constatando qualquer inconsistência em seu conteúdo, comprovar a inexistência de fidedignidade entre suas operações e as contidas nos arquivos, fornecidas que foram pelas operadoras de cartão de crédito e financeiras por força da legislação tributária estadual. Portanto, não há que se falar em provas inválidas, pelo simples fato de serem apresentadas em meio magnético. Assim, pelo mesmo motivo, seriam inválidas todas as informações, inclusive a DME, que por exigência legal são prestadas em meio magnético pelo autuado ao Fisco.

Não procede também a alegação de que ocorrera erro na interpretação do § 4º do art. 4 da Lei 7.014/96. Eis que a presunção prevista no aludido dispositivo legal trata de comparação da declaração de vendas efetuadas pelo mesmo meio de pagamento, já que no cupom fiscal, documento de emissão obrigatória do contribuinte, é exigida a informação da modalidade do pagamento (cartão, dinheiro, etc.) de cada operação. Se assim não fosse, seria inócua a comparação entre operações realizadas com meios de pagamentos distintos para se constatar eventual omissão de receita, já que, pelo menos não constam nos autos comprovação alguma, de que o autuado opera exclusivamente com vendas através de cartão e de débito. O que seria uma ocorrência assaz inusitada no comércio. Portanto, não faz o menor sentido a pretensão do autuado em sugerir a comparação da totalidade de suas vendas [em dinheiro, em cheque e por meio de cartão de crédito e de débito] que deve ser informada pelo contribuinte na DME, com apenas uma parcela dessas vendas que é informada pelas administradoras de cartão de débito. Ademais, a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em reiteradas decisões sobre essa matéria, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. As vendas declaradas na DME são informadas abrangendo a totalidade dessas operações, sem nenhuma identificação ou especificação de qual foi o meio de pagamento. Assim, é inequívoco que a utilização do total das vendas

declaradas na DME é inservível para efeito de comparação na apuração de eventual omissão de receitas.

Por tudo o quando acima aduzido, restam ultrapassadas as questões preliminares.

Indefiro a solicitação de diligência para refazimento do levantamento fiscal para considerar os valores das vendas declaradas e aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/2007 pelas razões a seguir expendidas.

Primeiro, em relação ao pleito para que sejam considerados os valores das vendas declaradas, reafirmo que não faz o menor sentido a pretensão do autuado como já fora amplamente esclarecido no enfrentamento às questões preliminares suscitadas.

Segundo, no que diz respeito à aplicação da proporcionalidade cumpre enfatizar que desde o início da ação fiscal, consoante consignado no próprio Auto de Infração, “Descrição dos Fatos”, fl. 01, na 1ª Intimação Fiscal, fl. 06, e reconhecido em sede de defesa, fl. 33, o autuado intimado para apresentar os elementos indispensáveis para o cálculo da proporcionalidade estatuído pela IN 056/2007. Não sendo fornecido os dados solicitados pelo autuado para cumprimento desse dispositivo normativo, procedeu corretamente o autuante ao utilizar o valor total da omissão de saída apurada ao teor do item 3 da Instrução Normativa a seguir reproduzida.

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 056/2007

[...]

3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do auto de infração.

Convém ainda ressaltar que conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas arguições. O autuado em momento algum cuidou de carrear aos autos o quanto solicitado na intimação, e nem tratou de comprovar, ao menos por amostragem, que opera com mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária que justificasse de forma inequívoca a aplicação da IN 056/2007.

Discordo inteiramente da alegação defensiva de que se deveria aplicar o cálculo da proporcionalidade com base nas operações de saídas, por entender o autuado que a proporcionalidade é melhor apurada através dessas operações, uma vez que nelas são aplicadas a margem de valor agregado nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária e da margem de lucro nas demais mercadorias. A pretensão do contribuinte é descabida, haja vista que o levantamento original indica claramente que houve omissão de saídas, o que conduz ao raciocínio inequívoco da ocorrência de operações de vendas sem emissão de documento fiscal correspondente. Assim, não faz o menor sentido calcular a proporcionalidade de suas operações através das saídas, já tendo sido constatado que os valores consignados nos documentos fiscais não refletem a sua totalidade. Portanto, no presente caso, o método mais adequado para apuração da proporcionalidade é a utilização das operações de entradas.

Em suma, ficou patente nos autos que o autuado teve oportunidade de demonstrar e comprovar a proporcionalidade entre a natureza tributária de suas operações e não exerceu sua prerrogativa. Por isso, não vislumbro qualquer violação ao seu direito de ampla defesa já que nos autos somente esboçou mera alegação, eis que não apresentou os dados necessários e imprescindíveis à sua aplicação, nem durante os trabalhos de fiscalização e muito menos em sede defesa.

No mérito Auto de Infração exige ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de

débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradoras de cartões de crédito ou débito.

Para apurar o valor devido, vejo que o autuante efetuou levantamento fiscal comparando os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, cotejando aqueles coincidentes com as saídas amparadas pela emissão de cupons fiscais, no período janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009, conforme fls. 12 a 18 e demonstrativos de fl. 11, 19 e 20, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas nas notas fiscais em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões, conforme previsão do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

....

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Ressalte-se que foi entregue ao autuado cópia do Relatório Diário por Operação –TEF, fl. 27, fornecido pelas empresas administradoras de cartão, no qual é indicado o valor da operação, se débito ou crédito, data, número da autorização. Portanto, caberia ao autuado juntar cópia dos documentos fiscais emitidos que porventura tenha registrado na Redução Z com recebimento por outra modalidade ao invés de cartão de crédito/débito. Logo, em se tratando de imposto exigido mediante presunção legal caberia ao autuado comprovar a sua improcedência, o que não foi feito.

Restou, portanto, perfeitamente consubstanciada nos autos, a omissão de saídas de mercadorias tributáveis não elididas com elementos de objetiva prova pela autuada, para o período de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009 e acolho os valores apurados pelo autuante, uma vez que o procedimento atendeu às normas que o regulamentam.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 178891.3003/11-9**, lavrado contra **N MACHADO DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$216.009,38**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR